

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

*Nouvelles technologies et mesure de l'activité du salarié :
de la subordination physique à la subordination technologique*

Jean-Michel LATTES
Maître de Conférences à l'Université Toulouse 1
Chercheur au Lirhe (UMR CNRS 5066)

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

« Nouvelles technologies et mesure de l'activité du salarié : de la subordination physique à la subordination technologique »

par

Jean - Michel LATTES
Maître de Conférences à l'Université Toulouse1
Chercheur au LIRHE (CNRS - UMR 5066)

PLAN.

Introduction.

Section 1. La maîtrise de la mesure du temps de travail, outil de protection des salariés.

A. Le droit patrimonial, obstacle à la mesure du temps d'activité du salarié.

B. Le temps mesuré, élément central des nouvelles logiques sociales.

Section 2. Les nouvelles technologies : de l'amélioration des pratiques professionnelles au contrôle permanent du salarié.

A. Un droit en devenir.

B. Des situations incontrôlables.

1. La cyber surveillance dans l'entreprise.
2. Le télétravailleur.

Conclusion.

Introduction.

- L'étude de la mesure de l'activité du salarié ne peut être détachée de l'histoire du droit du travail intégrant la volonté chez les employeurs de mesurer, à la fois, sa présence dans l'entreprise et la réalité de son activité. La mise en évidence du lien étroit qui existe entre sa situation dans l'emploi et le contexte juridique dans lequel il se trouve¹ permet de justifier l'impérieuse nécessité de protéger les salariés contre les atteintes subies dans le cadre de leurs fonctions professionnelles². Alors qu'au XIX^{ème} siècle se créent en France les premières grandes manufactures et que se trouvent regroupés sur un même site de production un nombre important de travailleurs, l'Etat intervient très progressivement pour limiter les abus les plus choquants d'une relation soumise aux méfaits conjugués du libéralisme sauvage et du capitalisme industriel. L'organisation d'une hiérarchie intermédiaire (contremaîtres, chefs d'ateliers...) chargée de surveiller les ouvriers et de représenter la réalité du pouvoir patronal sur le terrain dans un contexte évident d'absence de protection juridique des personnes pose, dès l'origine, le problème du temps de travail et donc de la légitimité de sa mesure.

Le profil « *type* » du salarié correspond alors à des éléments précis d'identification. Il travaille dans un lieu déterminé, sous l'autorité d'un chef d'atelier et dans un contexte professionnel caractérisé par une fragilité juridique générale. L'offre de travail est confrontée à la demande d'emploi sans autre garde fou juridique que celui des règles marchandes organisées par le Code civil de 1804.

Qualifié à l'origine de « *droit ouvrier* », le droit du travail participe à la construction progressive d'un véritable « *statut* » du salarié, profitant pour cela de phases de croissance économique rendant indispensable d'une main d'œuvre structurée et efficace. En se combinant avec le droit de la protection sociale, il organise la construction du socle d'une identité nouvelle faisant du salarié une personne protégée dans son rôle social³ grâce à un outil juridique nouveau : le contrat de travail.

En se détachant résolument des fondements du droit civil, le droit du travail valorise la dimension extrapatrimoniale de la relation originale et complexe qui s'organise entre l'employeur et ses salariés⁴, relation qualifiée de « *rapport physique de subordination* ». Les juristes ne peuvent plus, dès lors, considérer les travailleurs comme des contractants ordinaires. La nécessaire protection de leur corps, leur sécurité tant physique que morale, leurs droits économiques peu à peu reconnus⁵, le respect de leur identité propre au travail ... tous ces éléments sont désormais pris en compte pour aboutir à la construction d'une véritable identité collective permettant la reconnaissance de droits homogènes et cohérents profitant à l'ensemble des salariés. De fait, la mesure de l'activité du salarié passe désormais par le respect de nouvelles règles protectrices encadrant le temps de travail et relayées par le contrat de travail.

A partir des années 80, le droit du travail, droit structuré autour de la protection des salariés, change de nature. Les politiques dites de « *déréglementation* » ou de « *flexibilité* » destinées à lutter contre le chômage aboutissent à la remise en cause de l'unité statutaire lentement élaborée au profit de l'homme au travail⁶. La mutation du droit social vers des logiques nouvelles permettant de le qualifier de « *droit de l'emploi* » n'est pas sans conséquence sur le pouvoir attribué à l'employeur dans la gestion de son personnel. Sans qu'il

¹ M. Despax, L'entreprise et le droit, Thèse Toulouse 1, LGDJ 1956.

² J-M Lattes, « Le corps du salarié dans l'entreprise », *Mélanges Despax, Presses de l'Université Toulouse1*, 2001, pp. 297 à 322.

³ Sur cette idée, on lira : R.Castel, Les métamorphoses de la question sociale, Fayard 1996.

⁴ J-M Lattes, « Le travail, objet de propriété ? », Actes du colloque « *Propriété et Révolution* », Ed. du CNRS, 1991, pp.221 et s.

⁵ J-M Lattes, « L'évolution des techniques de rémunération... du salarié outil au salarié acteur », *Argent et Gestion*, Tome 9 de la collection « Histoire, Gestions, Organisations », Presses de l'Université Toulouse1, juin 2001, pp.343 à 358.

⁶ A.Supiot, Critique du droit du travail, PUF, 1994.

soit possible de parler de bouleversement des logiques originaires⁷, on ne peut que constater l'émergence de processus contradictoires. La mesure du temps de travail participe très largement à ces nouvelles problématiques car l'abandon partiel des horaires imposés et réguliers génère des difficultés totalement imprévues.

L'émergence de nouveaux outils de travail et de nouveaux métiers par le développement des TIC (Technologies de l'Information et de la Communication) bouleverse encore ce dispositif en introduisant des données nouvelles qui n'avaient pas été prises en comptes par le droit du travail traditionnel. Si l'ouvrier des forges de Zola était facile à identifier et donc à prendre en compte, le cyber-salarié sort des sentiers traditionnels tracés par les règles sociales classiques⁸. Ne travaillant plus sur un site donné, sur la base d'un horaire fixe et sous la surveillance physique d'un supérieur hiérarchique, il semble libéré de toutes les contraintes qui avaient fondé la notion même de subordination. Pourtant cette liberté apparente est en réalité fondatrice d'une subordination perverse, beaucoup plus lourde à assumer car fondée sur des technologies toujours plus performantes et permettant un suivi permanent de la personne. La frontière entre sa vie professionnelle et sa vie privée est balayée par des liens nouveaux, virtuels en apparence, échappant aux canons classiques de la doctrine sociale⁹.

Le droit du travail a peu à peu organisé - pour le réguler - le pouvoir de gestion de l'employeur. Le passage d'une logique purement civiliste à une nouvelle perspective sociale éloignée des référents patrimoniaux a permis d'élaborer un véritable statut du salarié, en particulier par la maîtrise des temps d'activité (Section 1).

Le social est cependant placé au cœur de mutations dont il est difficile de mesurer les conséquences sur le long terme¹⁰. La volonté du législateur de favoriser l'emploi l'a conduit, dès 1983, à assouplir les règles qui encadraient la relation de travail alors qu'à l'inverse le contrôle du juge sur la rupture de la relation de travail n'a cessé d'être renforcé. Tout cela participe à conforter la mise en place de ce que l'on appelle désormais le droit de la protection de l'emploi. Pourtant, les canons classiques du droit du travail résistent mal à l'entrée des nouvelles technologies dans l'entreprise¹¹ (Section 2).

⁷ A. Jeammaud, « Droit du travail 1998 : des retournements plus qu'une crise », *Dr.Soc.*1988, p.583.

⁸ Ch. Radé, « Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination », *Dr. Soc.*, janv. 2002, p.26.

⁹ J-M Lattes, « De l'ouvrier des forges au cyber-salarié : étude des mutations du marché du travail au travers des concepts de pouvoir et de hiérarchie », Tome 10 de la collection « Histoire - Gestions – Organisations », Presses de l'Université Toulouse 1, 2002, pp. 235 et s.

¹⁰ La littérature sociale est aujourd'hui considérable, on lira en particulier : D.Meda, *Le travail, une valeur en voie de disparition*, *Alto-Aubier*, 1995 - D.Schnapper, *Contre la fin du travail*, *Textuel*, 1998 - A.Lebaube, *Le travail, toujours moins ou autrement*, *Le Monde éditions*, 1997- J.Boissonnat, *Le travail dans vingt ans*, *Editions Odile Jacob*, 1995.

¹¹ M.Jolivet et M.Pigeon, « L'impact d'Internet sur le droit du travail », *Option Finance* n°722, 13.05.2003, pp.30-37.

Section 1. La maîtrise de la mesure du temps de travail, outil de protection des salariés.

La nature même du travail humain a fondamentalement évoluée. La fonction de « *production* », base de l'activité au 19^{ème} siècle, voit sa part peu à peu réduite au profit des activités de service. De fait, le temps de travail n'est plus systématiquement considéré comme temps productif.

Le droit participe à ces mutations même s'il convient de considérer qu'il les accompagne plus qu'il ne les organise. Le passage dans l'entreprise d'un droit exclusivement civiliste basé sur la reconnaissance du droit de propriété à un droit nouveau organisant la place de l'homme au travail, le droit social¹², constitue le témoignage évident de ces évolutions fondamentales en plaçant le temps d'activité au cœur de ces mutations.

A. Le droit patrimonial, obstacle à la mesure du temps d'activité du salarié.

Au 19^{ème} siècle, dans un contexte juridique exclusivement civiliste, le droit de propriété¹³ constitue le seul référent permettant d'organiser les rapports employeurs - salariés. Le travail humain constitue, en droit, une simple marchandise que l'on vend et que l'on achète librement, la mesure des temps d'activité n'étant pas prise en compte.

Le Code Civil de 1804, directement inspiré des orientations prises par le législateur révolutionnaire¹⁴, maintient le travail humain dans la catégorie réductrice des biens marchands¹⁵. Seuls deux articles du nouveau code sont consacrés au « *contrat de louage de service* », l'objectif du législateur de l'époque étant d'organiser l'étendue et les limites de l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les diverses espèces de biens¹⁶. Le contrat dit « *de louage de services* » constitue un contrat civil classique dans lequel la protection juridique du propriétaire est consacrée au-delà même du seul principe d'égalité juridique entre les personnes¹⁷, une main d'œuvre bon marché étant mise à sa disposition¹⁸. Le temps de travail n'est pas mesuré, ce qui permet d'éviter d'en évaluer le coût réel.

L'employeur est propriétaire des biens meubles et immeubles de l'entreprise. Il peut « *en jouir de la manière la plus absolue* »¹⁹. Pour faire fonctionner ses machines, il recrute des salariés qui, en s'engageant, se soumettent à son autorité²⁰. On parle de libéralisme sauvage. C'est une subordination matérielle, par l'argent, qui est ici organisée.

Les conséquences de cette situation sont révélées par le rapport du docteur Villermé de 1840. En dressant le « *Tableau de l'état physique et moral des ouvriers employés dans les manufactures de coton, de laine et de soie* », ce médecin décrit la réalité dramatique de la vie

¹² P.Durand, « Le particularisme du droit du travail », *Dr.Soc.* 1945, pp.208 et s. - G-H Camerlynck, « L'autonomie du droit du travail », *D.* 1956, chr.23.

¹³ J-L Bergel, " L'évolution contemporaine du droit de propriété en France ", *Mélanges J-P Beguet*, pp.14 et s. - G.Lyon-Caen, " Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail ", *R.T.D.C.* 1974, pp. 229 et s.

¹⁴ Il s'agit ici essentiellement des décrets d'Allarde des 2 et 17 mai 1791 qui consacrent « *la liberté du commerce et de l'industrie* » et la loi Le Chapelier des 14-17 juin 1791 qui condamne « *les coalitions patronales et ouvrières* ». Ces textes organisent, de fait, le libre achat du travail humain en écartant tout contre pouvoir, la création de syndicats étant interdite. Cf. J.Le Goff, *Du silence à la parole, Calligrammes-La Digitale*, 1985.

¹⁵ Naissance du Code Civil, Préface de F.Ewald, *Flammarion*, 1989.

¹⁶ Art. 1779.

¹⁷ H.Battifol, « Signification de l'égalité pour la philosophie du droit », *L.G.D.J.*, 1976 pp. 447 et s.

¹⁸ J.Savatier, « Du domaine patriarcal à l'entreprise socialisée », *Mélanges R.Savatier*, Dalloz 1965, pp.863 et s. et « Pouvoir patrimonial et direction des personnes », *Dr.Soc.* 1982, p.1.

¹⁹ Art.554.

²⁰ Art.1134.

sociale des ouvriers de l'époque, conséquence directe de l'absence d'encadrement juridique du pouvoir de direction de l'employeur.

Les juristes mesurent la nécessité de désentraver progressivement le contrat de travail de son carcan civiliste. Le dogme ultra-libéral faisant de l'intervention de l'Etat dans le jeu économique un acte contre nature, intrinsèquement dangereux, ne résiste pas à l'analyse concrète de ses effets dans l'entreprise. Une mutation est nécessaire qui, sans remettre en cause la légitimité de l'intervention de l'employeur, en limitera les excès²¹.

C'est cependant un droit à vocation purement « *humanitaire* » qui, dans un premier temps, vient border les dérives civilistes. On ne cherche pas à « *libérer les corps* » mais simplement à les préserver. L'apport du rapport Villermé se révèle ici essentiel. Il introduit, en effet, l'idée que le salarié, pour réaliser cette prestation, recourt à un engagement physique...l'employeur n'achetant pas une simple quantité de travail mais disposant surtout d'une forme de pouvoir sur une personne qualifiée de « *productive* »²². De ce constat novateur va naître la nécessité de mettre en place des logiques juridiques originales tenant compte de contraintes que le droit civil ne pouvait intégrer.

Le rôle de l'Etat est au cœur de ces débats. L'autorité publique doit-elle préserver l'entreprise en tant qu'entité autonome et ne se consacrer qu'à l'organisation et à la régulation de la société qui l'entoure ou, doit-elle, à l'inverse, participer directement au ré- équilibre des rapports professionnels ?

Malgré l'opposition forte de nombreux responsables économiques, le choix de mettre en place de nouvelles logiques sociales s'impose progressivement. Au-delà du seul contrat qui lie l'employeur à ses salariés, l'Etat impose - par le moyen de règles sociales impératives - la reconnaissance de nouvelles voies juridiques très éloignées des concepts civilistes. Il est désormais indispensable de compenser l'inégalité structurelle dans laquelle se trouve le salarié vis à vis de son employeur²³. Le problème de la durée du travail est placé au cœur des débats et des réflexions.

B. Le temps mesuré, élément central des nouvelles logiques sociales.

L'histoire du droit du travail permet de mesurer les mutations profondes générées par la prise en compte de nouvelles logiques sociales. Sur le terrain des droits collectifs, la reconnaissance du fait syndical ouvre la voie à la mise en place de rapports sociaux plus équilibrés²⁴. L'employeur est confronté dans ses choix à un véritable contre-pouvoir issu de structures organisées de représentation. En outre, sur le terrain des droits individuels, le législateur organise progressivement un véritable statut du salarié faisant de celui-ci un sujet de droit et non plus uniquement un être soumis.

Toutes ces évolutions s'inscrivent dans le cadre de réflexions fortes centrées autour de la notion d'entreprise. Celle-ci n'est plus seulement un patrimoine, elle constitue une véritable communauté, certains préférant parler d'institution²⁵.

²¹ M-F Mialon, Les pouvoirs de l'employeur, *L.G.D.J.* 1996.

²² M. Despax, « Droit du Travail et transformations sociales », *Mélanges Cabrillac*, 1968, pp.143 et s.

²³ La jurisprudence confirme cette nouvelle perception en confirmant le caractère original de la relation de travail (C.Cass. du 8/01/1907, Gagner, *D.* p.422).

²⁴ Lois du 25 mai 1964 sur les coalitions et du 21 mars 1884 sur la création possible de structures syndicales.

²⁵ La théorie de l'institution reprise dans les travaux de M.Hauriou est adaptée à l'entreprise par P.Durand. Elle est à l'origine d'un vaste et riche débat doctrinal. Cette construction, séduisante, ne résistera pas à la montée du chômage, la protection du salarié ne constituant plus la principale préoccupation du législateur.

Cf. M.Despax, L'entreprise et le droit, *L.G.D.J.* 1956.

Dès l'origine, les premiers textes sociaux vont prendre en compte les problématiques liées à la mesure du temps de travail. Ainsi, la première loi sociale du 22 mars 1841 évoque la nécessité d'encadrer la durée d'activité des jeunes salariés. Il faut cependant attendre la loi du 13 juillet 1906 pour que soit reconnu le droit pour tous à un repos hebdomadaire. Ce n'est qu'en 1919 que la journée de travail est limitée à 8 heures et la semaine à 48 heures. Le développement, à cette époque, des premières conventions collectives permet une adaptation de ces horaires à certaines professions spécifiques.

La durée du travail est placée au cœur des revendications sociales. La maîtrise des temps est destinée, en priorité, à assurer la protection des personnes au travail mais elle rend plus que jamais nécessaire un contrôle de l'horaire de travail. En 1936, le Front Populaire prolonge cette démarche et impose la semaine des 40 heures et les premiers congés payés²⁶. La 4^{ème} et la 5^{ème} république ont amené une évolution dans l'analyse faite par les salariés de la durée du travail. Des aménagements (horaires variables ou flexibles, horaires individualisés,...) se substituent aux demandes de simples réductions de la durée de travail. Ainsi le 27 mars 1956 est accordée la troisième semaine de congés payés alors que la quatrième semaine sera attribuée le 16 mai 1963. L'élection de François Mitterrand en 1981 permet cependant une nouvelle réduction de la durée hebdomadaire de travail. Une ordonnance du 16 janvier 1982 ramène cette durée légale de 40 à 39 heures mais ce texte évoque aussi le problème du contingentement des heures supplémentaires et instaure la 5^{ème} semaine de congés payés. Il ouvre la possibilité de modulations après accord de branche ou d'entreprise.

Les années 1980 constituent un virage pour le droit social. On ne peut plus tenir compte, désormais, de l'intérêt unique du salarié. Il faut aussi respecter l'équilibre économique de l'entreprise. Dans les deux sens des concessions paraissent souhaitables. C'est l'esprit de la loi du 28 février 1986 et surtout de celle du 19 juin 1987 qui permettent aux acteurs sociaux de déroger par accords collectifs à des dispositions légales. La durée du travail n'est plus immuable, elle devient négociable. Par voie de convention ou accords d'entreprise, il est désormais possible de déroger à des règles d'ordre public. Par suite, une loi du 3 janvier 1991 met en place des dispositions nouvelles concernant le travail à temps partiel, les équipes de suppléance et le travail de nuit alors que la loi Giraud du 20 décembre 1993 introduit l'annualisation du temps de travail obligatoirement couplée avec une réduction globale des horaires sur l'année après l'accord de branche ou d'entreprise. On trouve ici une des ambitions majeures de la « loi quinquennale pour l'emploi », à savoir : rendre possible la remise en cause globale du cadre institutionnel régissant la durée du travail. L'enjeu est de permettre aux entreprises, par le recours au droit conventionnel, de choisir les modes et les types d'organisation qui leur semblent les mieux appropriées. De fait, outre « *l'annualisation-réduction* » négociée, la loi du 30 décembre 1993 prend aussi en compte : le temps partiel (éventuellement annualisé), la préretraite progressive, le capital de temps formation, l'encouragement au repos compensateur.

Les grands textes récents relatifs à la réduction du temps de travail participent eux aussi à cette évolution vers un droit plus flexible, certes, mais aussi moins maîtrisé. La loi de Robien du 11 juin 1996 est venue modifier la loi du 20 décembre 1993 en organisant une réduction du temps de travail en liaison avec une réduction de charges. La loi Aubry du 13 juin 1998 prépare la mise en place d'un dispositif impératif en incitant à une mise en place choisie des 35 heures avant de passer à une mise en place contrainte. La loi Aubry du 19 janvier 2000 présente un caractère impératif. Cette loi relative à la réduction négociée du temps de travail aboutit à une généralisation des dispositifs "35 heures" à l'ensemble des entreprises en tenant compte de leur taille dans la mise en place de cette réduction. La loi Aubry impose à l'employeur la mise en place d'outils fiables de la mesure des temps du fait

²⁶ Lois des 20 et 21 juin 1936.

de la nécessité d'arriver à évaluer précisément la réduction de la durée du travail. Texte complexe, la loi de janvier 2000 est aujourd'hui contestée dans son application aux petites entreprises²⁷.

La complexité et la mutation permanente des règles relatives à la durée du travail participent à rendre difficile la mesure des temps. Les textes d'origine organisaient des dispositifs simples et lisibles. La flexibilité contemporaine introduit, à la fois, souplesse et complexité.

Section 2. Les nouvelles technologies : de l'amélioration des pratiques professionnelles au contrôle permanent du salarié.

Le développement des nouvelles technologies de l'information et de la communication fait exploser les repères traditionnels et confronte les juristes du travail à des situations nouvelles²⁸. Le « *cyber-salarié* » ne correspond plus aux canons classiques de dispositifs juridiques créés au 19^{ème} siècle dans un contexte industriel n'ayant plus rien à voir avec les métiers désincarnés produits par la révolution des moyens de communication. Le travail subordonné se voit substituer un nouveau type de relations de travail basé sur une autonomie au moins apparente²⁹. Les repères classiques permettant de distinguer le monde professionnel de la sphère de la vie privée n'existent plus³⁰.

Il est permis de s'interroger sur cette mutation. Certes, le salarié n'est plus placé sous le contrôle « *physique* » d'un supérieur hiérarchique et il semble disposer d'une autonomie lui permettant de gérer librement son activité (A). Pourtant, on peut penser qu'à une subordination structurellement organisée dans un espace de travail identifié a succédé une subordination technologique, beaucoup moins visible mais beaucoup plus efficace en terme de contrôle des personnes, les frontières entre le monde professionnel et la vie privée³¹ étant balayées par les capacités d'investigation des nouveaux outils de travail (B).

A. Un droit en devenir.

Le rapport de la Commission Nationale Informatique et Libertés (CNIL) souligne le fait que « *le recours de plus en plus systématique aux nouvelles technologies de réseau a des incidences considérables sur le rapport salarial* »³². La CNIL souligne ainsi, fort justement, que les TIC permettent désormais de conserver toutes traces de l'activité (ou de la non

²⁷ Sans remettre en cause son principe d'application, des aménagements sont organisés par le gouvernement Raffarin pour assouplir les dispositifs. Le décret du 15.10.2002 organise le relèvement du contingent d'heures supplémentaires de 130 à 180 heures. Par suite, la loi Fillon du 17.01.2003 assouplit les conditions d'application de la loi Aubry.

²⁸ J-E Ray, Le droit du travail à l'épreuve des NTIC, *Ed. Liaisons* 2001 et « Les nouveaux visages de la subordination », *Dr. soc.*, fév.2000, p.144.

²⁹ H. Bouchet, « A l'épreuve des nouvelles technologies : le travail et le salarié », *Dr. Soc.*, janv. 2002, p.78 – « Relations du travail et Internet », Forum des droits sur l'Internet, Bull. social Francis Lefebvre, n°12, 12/2002, pp.621-631.

³⁰ N° spécial de la revue *Droit social*, « Droit du travail et nouvelles technologies de l'information et de la communication », janvier 2001 - A.Supiot, « Les nouveaux visages de la subordination », *Dr.soc.*2000.144.

³¹ Jean-Emmanuel Ray, « Naissance et avis de décès du droit à la déconnexion : le droit à la vie privée du XXIème siècle », *Dr.soc.* 11/2002, pp.939-944.

³² Rapport de juin 2000 sur la « *Cybersurveillance des salariés* ».

activité...) d'une personne connectée. On peut désormais parler de l'ère du « *contremaître virtuel* » capable de tout contrôler³³ et de tout exploiter sans que le salarié en ait parfaitement conscience. De plus, au-delà de l'information strictement professionnelle, ces nouveaux outils risquent de permettre à des employeurs peu scrupuleux d'établir le profil professionnel, intellectuel voire psychologique d'un salarié travaillant avec l'aide de ces moyens techniques.

Le cumul des différents outils de travail que sont désormais le mail, le fax, le téléphone portable... participe à créer un lien permanent avec le salarié³⁴. Certes, l'employeur conserve le droit de contrôler ses salariés, mais il se doit aussi d'en respecter les droits les plus fondamentaux³⁵. La Cour de cassation s'efforce, en la matière, de contrôler un domaine où tout est à faire et à organiser³⁶.

Plusieurs principes sont aujourd'hui applicables :

- « *Aucune information concernant un salarié ne peut être collectée par un dispositif dont il n'aurait pas eu connaissance* ». Ce dispositif organisé par l'article L.121-8 du Code du travail est renforcé par l'information du Comité d'entreprise désormais consulté pour la mise en œuvre de ce type de moyens de contrôle (art. L. 432-2 du Code du travail).
- « *Les méthodes et techniques d'évaluation des salariés doivent être pertinentes au regard de la finalité poursuivie* ». L'article L.121-7 du Code du travail permet à la Cour de cassation de remettre en cause les moyens excessifs utilisés par les employeurs à l'encontre de leurs salariés et qui, pour reprendre les termes de l'article L.120-2 « *ne seraient pas justifiés par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ».

La loi « *Informatique et Liberté* »³⁷ conforte cette orientation et connaît une application contemporaine par le moyen de la directive européenne sur le droit des personnes qui en est largement inspirée³⁸. Pourtant, malgré ces garde-fous apparents, il convient de prendre garde à ne pas mettre en place des dispositifs « *emblématiques* » dont la mise en place complexe dissimulerait une évidente inefficacité³⁹. De fait, aucun texte de loi ne régit précisément l'utilisation d'Internet à des fins personnelles par le salarié sur son lieu de travail⁴⁰.

Certains salariés sont cependant véritablement sous contrôle et, cela, malgré eux. Si le droit s'efforce de réduire le risque généré par le développement des nouveautés technologiques, la réalité des situations constatées débouche sur d'évidentes difficultés pratiques. La présence au domicile même du salarié d'une sorte de « *surveillant virtuel* » (web

³³ « Les nouveaux mouchards de l'entreprise », *Liaisons sociales*, oct.1999.

³⁴ J.E.Ray, « La preuve en droit du travail : avec les NTIC, l'essentiel est invisible pour les yeux », *Liaisons sociales*, avril 2001.

³⁵ La loi prévoit, par exemple, de sévères sanctions en matière de violation du secret de la correspondance (art.226-15 du Code pénal). L'ordonnance du 19.09.2000 (J.O. du 22.09.2000) ajoute que sont punis des mêmes peines le fait, commis de mauvaise foi, d'intercepter, de détourner, d'utiliser ou de divulguer des correspondances émises, transmises ou reçues par la voie des télécommunications ou de procéder à l'installation d'appareils conçus pour réaliser de telles interceptions.

³⁶ Il convient de noter que la Cour de cassation est confrontée à de multiples problèmes liés à ces nouvelles technologies. Ainsi, la Cour a eu à trancher des litiges liés à l'accès au poste de travail du salarié en considérant que « *le fait de demander à un salarié malade le mot de passe de son ordinateur ne permet pas de considérer qu'on l'oblige à travailler* » (C.Cass. du 18.03.2003, Union mutuelle solidarité / Marie-Jeanne Clain, Jurisp. Sociale Lamy, N°123 du 13.05.2003, pp. 12-13).

³⁷ Loi du 6.01.1978.

³⁸ Directive 95/46 sur « *la protection des libertés et les droits fondamentaux des personnes physiques en matière de données personnelles* » (JOCE du 23.11.1995).

³⁹ Il convient de noter l'existence d'autres règles juridiques susceptibles de trouver ici application : article 9 du code civil (« *respect de la vie privée* »), article 145 du Code de procédure civile, articles 432-9 et 226-15 du Code pénal...

⁴⁰ La Cour contrôle cependant l'activité du salarié sur le multimédia. Ainsi, par exemple, l'utilisation malveillante d'Internet au bureau fait l'objet de sanctions même si la jurisprudence ne semble pas, en la matière, véritablement stabilisée. Cf. T.G.I. de Marseille du 11.06.2003 – Cass. Soc. du 2.10.2001.

cam), ou d'un contrôle audio (téléphone portable)... tout cela participe à la mise en place d'un contexte professionnel inédit que la jurisprudence tente d'appréhender⁴¹.

B. Des situations incontrôlables.

Pour la jurisprudence sociale, le principe de base est le suivant : « *si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps de travail, tout enregistrement, quels qu'en soient les motifs, d'images et de paroles, à leur insu, constitue un mode de preuve illicite* »⁴².

1. La cyber surveillance dans l'entreprise.

Le problème des nouvelles technologies et de leur utilisation se pose à l'intérieur même de l'entreprise. De fait, si Internet est avant tout un outil de travail, son utilisation à des fins personnelles durant les heures de travail constitue une pratique que nul ne saurait ignorer. Le droit du travail s'adapte en permanence à l'apparition et au développement des nouvelles technologies. La vidéo-surveillance comme le problème des écoutes téléphoniques⁴³ sont, aujourd'hui, pris en compte par la jurisprudence sociale⁴⁴. Les solutions retenues autour des problèmes des TIC dans l'entreprise s'inspirent très largement de ces orientations. Les orientations dépendent, au cas par cas, des situations rencontrées.

En matière de contrôle des salariés, la jurisprudence tient compte de chaque situation. Ainsi, dans le cas de la mise en place d'un dispositif de « *traçage* » ayant permis de révéler qu'un auditeur bancaire consultait, par curiosité personnelle, des comptes individuels sans lien avec sa fonction, l'employeur se voit reconnaître le droit de le licencier. Les juges considèrent, en effet, que ce mode de traçage constitue un système d'exploitation légitime, le salarié n'ayant pas la possibilité d'invoquer l'ignorance du procédé et l'absence de d'information préalable des représentants du personnel⁴⁵. De même, les systèmes de surveillance mis en place à l'insu des salariés dans des sites où ils ne travaillent pas ne peuvent être mis en cause lorsqu'ils permettent de constater des faits illicites de ces mêmes salariés.⁴⁶

Dans le même esprit, l'usage d'Internet dans l'entreprise, peut être contrôlé, en particulier quant au contenu des consultations réalisées. La preuve de la consultation de sites pornographiques ou pédophiles est susceptible de permettre la sanction du salarié pour faute lourde. De même, le fait pour un salarié d'envoyer, durant son temps de travail, des e-mails personnels peut justifier un licenciement⁴⁷, en particulier si cet usage est abusif et contraire

⁴¹ P.-H. Antonmattei, « NTIC et vie personnelle au travail », *Dr. Soc.* janvier 2002, p.37 – J.-E. Ray, *Le droit du travail à l'épreuve des NTIC*, Ed. Liaisons 2001.

⁴² Cass. soc. du 20.11.1991, Néocel / Spaeter - CA de Lyon du 21.12.1967, *D.* 1969, J. 25, note G.Lyon-Caen.

⁴³ Lorsque les salariés sont informés du fait qu'ils peuvent être enregistrés durant leurs conversations téléphoniques, l'employeur se voit reconnaître le droit de sanctionner un salarié ayant pratiqué des jeux de hasard par le moyen de son téléphone d'entreprise (Cass. soc. du 14.03.2000, req. n°98-420-90).

⁴⁴ Ainsi, le fait pour un salarié d'utiliser le téléphone de son entreprise « de façon continue et journalière » à des fins privées constitue pour la jurisprudence une faute réelle et sérieuse justifiant un licenciement (Cass. soc. du 7.11.1995).

⁴⁵ Cass. soc. du 31.01.2001.

⁴⁶ Cass. soc. du 31.01.2001.

⁴⁷ Cass. du 11.03.1998.

au Règlement intérieur⁴⁸. A l'inverse, la vérification de l'acheminement de correspondances par Internet ne peut être effectuée que dans un contexte organisé et l'employeur doit informer les salariés de cette éventualité⁴⁹. La Cour confirme ainsi que le principe du secret de la correspondance s'applique aussi bien à la correspondance « *papier* » qu'à la correspondance électronique⁵⁰.

La CNIL recommande de tolérer l'usage de l'Internet à des fins privées dans des limites raisonnables et à condition que la navigation n'entrave pas l'accès professionnel.

2. Le télétravailleur.

Nul doute que les TIC ont aboli les distances et que le travail peut désormais s'accomplir en dehors de tout cadre imposé⁵¹. De fait, la frontière entre le salarié dans sa définition classique et le travailleur indépendant devient plus difficile à établir⁵².

L'indépendance supposée du salarié amène le juriste du travail à s'interroger sur l'applicabilité du droit du travail à ces situations nouvelles. Le contrôle de l'inspection du travail⁵³, l'évaluation du travail réalisé, la mesure du temps de travail⁵⁴, les règles d'hygiène et de sécurité⁵⁵, la fixation de la rémunération... constituent autant de problématiques nouvelles qu'il convient de prendre en compte.

La doctrine sociale hésite aujourd'hui entre 3 statuts concevables pour encadrer juridiquement un télétravailleur à domicile⁵⁶. Il est, le plus souvent, un salarié soumis au droit commun et le travail à domicile constitue alors une simple modalité d'organisation de l'entreprise⁵⁷. Il peut être classé comme « *travailleur à domicile* » au sens donné par le code du travail⁵⁸ mais cela se révèle exceptionnel dans la pratique du fait de la méconnaissance, voire même de la dévalorisation, de ce statut. Il peut être enfin classé comme « *travailleur indépendant* » et intervenir librement dans la gestion de ses activités⁵⁹. De nombreux problèmes juridiques découlent cependant de ce type de dispositifs⁶⁰.

Le télétravail peut, certes, trouver dans les textes actuels des règles juridiques applicables. Ainsi, sur le plan collectif, les obligations concernant l'information et la consultation du Comité d'entreprise permettent de rendre plus transparent l'usage du télétravail (art. L. 432-1 du Code du travail). De même, sur le plan individuel, la mise en place du télétravail implique, pour le salarié, une modification substantielle de son contrat de travail initial. Il est donc nécessaire d'inscrire cette évolution dans les règles sociales applicables en la matière (art. L. 321-2 du Code du travail). En cas de refus du salarié,

⁴⁸ Certaines juridictions admettent que les employeurs consultent le contenu même des messages des salariés (CPH de Montbéliard, 19.09.2000, Gaz. du palais du 14.12.2000, p.39) ;

⁴⁹ CA de Montpellier du 6.06.2001, SCP Lefebvre et Broussous / Kajko.

⁵⁰ Cass. soc. du 2.10.2001, Nikon France.

⁵¹ J-E Ray, « De Germinal à Internet », *Dr.soc.*, 1995, 634.

⁵² J-M Mousseron, « Nouvelles technologies et créations des salariés », *Dr.soc.*, Juin 1992, 563.

⁵³ A.Hidalgo, « Un nouveau rôle pour l'administration du travail », *Dr.soc.* 1992, 538.

⁵⁴ J-E Ray, « Les astreintes, un temps du 3^{ème} type », *Dr.soc.*, 1999, p.250.

⁵⁵ Pekka Huuhtanene, « Les implications du télétravail sur la santé et la sécurité », Agence européenne pour la sécurité et la santé au travail, 11.07.2003.

⁵⁶ On distingue, en outre, plusieurs formes de télétravail : le télétravail en télé centre, le télétravail « *nomade* » et le télétravail à domicile.

Cf. Pascal Alix, « Comprendre et pratiquer le télétravail », Ed. Lamy / Les Echos 2001 – A. Bereziat, J.Lagorce, N. Turbe-Suetens, « Travail et activités à distance », Ed. d'Organisation 2000.

⁵⁷ Le salarié est alors rémunéré au temps sur la base des critères définis par la convention collective applicable.

⁵⁸ Art. L.721-1 du C. du t.

⁵⁹ ... choix des clients, passage de commandes, fixation du prix et des délais.

⁶⁰ N. El Hage, « Les règles de la responsabilité du commettant du fait de ses préposés sont elles adaptées au télétravail ? », *Dr. Soc. Janv.* 2002, p.42 – J-E Ray, « NTIC et droit syndical », *Dr. Soc. Janv.* 2002, p.65.

l'employeur doit, soit abandonner son projet, soit mettre en œuvre une procédure de licenciement.

Il convient, de fait, d'organiser une véritable adaptation des règles légales, le télétravailleur n'ayant pas de statut juridique spécifique⁶¹. La voie contractuelle peut permettre cette adaptation par l'introduction, dans leur contrat de travail, de clauses adaptées. Il convient, par exemple, de prévoir une clause de confidentialité en raison de la nature de l'emploi, une clause financière compensant l'usage par le salarié de son domicile privé, une clause organisant la mise en place d'un lien permanent entre l'entreprise et le télétravailleur voire même une clause évaluant les conditions de rémunération sur une base forfaitaire ou sur une mesure des temps d'activité⁶².

Conclusion.

Les mutations qu'a connu le droit du travail en moins de 20 ans sont considérables. D'un droit de la protection du salarié il est passé, nous l'avons vu, à une protection de l'emploi du fait des conséquences de la crise économique sur la perception des politiques relative à la finalité du droit social. L'impact de cette mutation juridique doit s'analyser de manière ouverte. Certes l'employeur se voit désormais contrôlé dans son pouvoir de gérer l'emploi et surtout sa suppression. Il n'est plus le « *seul maître* » de la gestion de son personnel. Ses possibilités de gestion interne sont cependant renforcées du fait du développement d'une flexibilité juridique nouvelle facilitant la recherche d'une adaptation permanente de l'activité de ses salariés aux évolutions de l'activité de l'entreprise.

Le droit du travail organise une sorte d'équilibre entre une logique de flexibilité : « *la réorganisation-compétitivité* » et une logique de protection : « *la recherche du reclassement du salarié* ». L'emploi constitue le vecteur essentiel de ce mouvement sur lequel viennent se greffer de nouvelles pratiques trouvant leur origine dans les possibilités offertes par les nouvelles technologies.

La mesure du temps de travail du salarié est au cœur de cette problématique. L'encadrement juridique du temps d'activité du salarié est, à l'origine, destiné à en assurer la protection. Les nouvelles technologies, présentées parfois comme un progrès incontestable, constituent, en fait, une mutation entraînant la remise en cause de la frontière pourtant indispensable séparant la vie professionnelle du salarié et sa vie privée⁶³. Le droit, en général, et le droit du travail, en particulier, se doivent aujourd'hui de tenter de reconstituer un véritable statut d'un salarié dont le temps d'activité sera véritablement maîtrisé⁶⁴. Après avoir protégé l'intégrité physique du salarié, il lui revient désormais d'en garantir l'intégrité intellectuelle par la protection de sa vie non professionnelle⁶⁵.

(Décembre 2003)

⁶¹ On peut cependant noter le fait que certains textes spécifiques ont été organisés : « Frais professionnels : télétravail et nouvelles technologies », Arrêté du 20.12.2002 (JO du 27.01.2002) et circulaire du 7.01.2003,

⁶² Cass. soc. du 2.10.2001, Abram.

⁶³ Jean-Emmanuel Ray, « De la sub / ordination à la sub / organisation », *Dr.soc.* janv. 2002, p.5.

⁶⁴ La Cour de cassation s'efforce, tant bien que mal, de contrôler cette dérive.

Cf. M.A. Moreau, « La charge de travail », *Dr. soc.*, mars 2000, p.263 – Ph. Waquet, « Propos liminaires », *Dr. soc.* janv. 2002, p.10.

⁶⁵ Alain Supiot, « Travail, droit et technique », *Dr. soc.* janv. 2002, p.13.

BIBLIOGRAPHIE

1. Livres.

- Alix P., Comprendre et pratiquer le télétravail, Ed. Lamy / Les Echos 2001.
 Bereziat A., Lagorce J., Turbe-Suetens N., Travail et activités à distance, *Ed. d'Organisation* 2000.
 Boissonnat J., Le travail dans vingt ans, *Editions Odile Jacob*, 1995.
 Castel R., Les métamorphoses de la question sociale, *Fayard* 1996.
 Despax M., L'entreprise et le droit, *L.G.D.J.* 1956.
 Ewald F. (Préface de), Naissance du Code Civil, *Flammarion*, 1989.
 Lagorce J., voir Bereziat A.
 Le Goff J., Du silence à la parole, *Calligrammes-La Digitale*, 1985.
 Lebaube A., Le travail, toujours moins ou autrement, *Le Monde éditions*, 1997.
 Meda D., Le travail, une valeur en voie de disparition, *Alto-Aubier*, 1995.
 Mialon M-F, Les pouvoirs de l'employeur, *L.G.D.J.* 1996.
 Ray J-E, Le droit du travail à l'épreuve des NTIC, *Ed. Liaisons* 2001
 Schnapper D., Contre la fin du travail, *Textuel*, 1998.
 Supiot A., Critique du droit du travail, *PUF*, 1994.
 Turbe-Suetens N., voir Bereziat A.

2. Articles.

- Antonmattei P-H, « NTIC et vie personnelle au travail », *Dr. Soc.* janvier 2002, p.37
 Battifol H., « Signification de l'égalité pour la philosophie du droit », *L.G.D.J.*, 1976 pp. 447 et s.
 Bergel J-L, « L'évolution contemporaine du droit de propriété en France », *Mélanges J-P Beguet*, pp.14 et s.
 Bouchet H., « A l'épreuve des nouvelles technologies : le travail et le salarié », *Dr. Soc.* , janv. 2002, p.78.
 Camerlynck G-H, « L'autonomie du droit du travail », *D.*1956, chr.23.
 Despax M., « Droit du Travail et transformations sociales », *Mélanges Cabrillac*, 1968, pp.143 et s.
 Durand P., « Le particularisme du droit du travail », *Dr.Soc.*1945, pp.208 et s.
 El Hage N., « Les règles de la responsabilité du commettant du fait de ses préposés sont elles adaptées au télétravail ? », *Dr. Soc.* , Janv. 2002, p.42 –
 Hidalgo A., « Un nouveau rôle pour l'administration du travail », *Dr.soc.* 1992.538.
 Huuhtanene Pekka, « Les implications du télétravail sur la santé et la sécurité », Agence européenne pour la sécurité et la santé au travail, 11.07.2003.
 Jeammaud A., « Droit du travail 1998 : des retournements plus qu'une crise », *Dr.Soc.*1988, p.583.
 Jolivet M. et Pigeon M., « L'impact d'Internet sur le droit du travail », *Option Finance* n°722, 13.05.2003, pp.30-37.
 Lattes J-M, - « Le travail, objet de propriété ? », Actes du colloque " *Propriété et Révolution* ", Ed. du CNRS, 1991, pp.221 et s.

- « Le corps du salarié dans l'entreprise », *Mélanges Despax, Presses de l'Université Toulouse1*, 2001, pp. 297 à 322.
- « L'évolution des techniques de rémunération... du salarié outil au salarié acteur », *Argent et Gestion*, Tome 9 de la collection "Histoire, Gestions, Organisations", Presses de l'Université Toulouse1, juin 2001, pp.343 à 358.
- « De l'ouvrier des forges au cyber-salarié : étude des mutations du marché du travail au travers des concepts de pouvoir et de hiérarchie », Tome 10 de la collection "Histoire - Gestions - Organisations", Presses de l'Université Toulouse 1, 2002, pp. 235 et s.
- Lyon-Caen G., « Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail », *R.T.D.C.* 1974, pp. 229 et s.
- Moreau M.A., « La charge de travail », *Dr. soc.*, mars 2000, p.263
- Mousseron J-M, « Nouvelles technologies et créations des salariés », *Dr.soc.* , Juin 1992.563.
- Pigeon M., voir Jolivet M.
- Radé Ch., « Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination », *Dr. soc.* , janv. 2002, p.26.
- Ray J.E.,
 - « De Germinal à Internet », *Dr.soc.* 1995. 634.
 - « Les astreintes, un temps du 3^{ème} type », *Dr.soc.* , 1999, p.250.
 - « Les nouveaux visages de la subordination », *Dr. soc.* , fév.2000, p.144.
 - « La preuve en droit du travail : avec les NTIC, l'essentiel est invisible pour les yeux », *Liaisons sociales*, avril 2001.
 - « De la sub / ordination à la sub / organisation », *Dr.soc.* janv. 2002, p.5.
 - « NTIC et droit syndical », *Dr. soc.* Janvier 2002, p.65.
 - « Naissance et avis de décès du droit à la déconnexion : le droit à la vie privée du XXIème siècle », *Dr.soc.* 11/2002, pp.939-944.
- Savatier J.,
 - « Du domaine patriarcal à l'entreprise socialisée », *Mélanges R.Savatier*, Dalloz 1965, pp.863 et s.
 - « Pouvoir patrimonial et direction des personnes », *Dr.Soc.*1982, p.1.
- Supiot A.,
 - « Travail, droit et technique », *Dr. soc.* janv. 2002, p.13.
 - « Les nouveaux visages de la subordination", *Dr.soc.*2000.144.
- Waquet Ph., « Propos liminaires », *Dr. soc.* janv. 2002, p.10.

■ Numéros spéciaux de revues :

- Relation du travail et Internet, Forum des droits sur l'Internet, *Bull.soc.* F.Lefebvre, n°12, 01.12.2002, pp. 621-631.